6. 5

POR
D. FERNANDO
DE MESA Y QVINTANILLA, CAPELLAN DE LA CAPELLANIA que fundò Luysa de Mesa, de orden, y bienes de el Bachiller Fernãdo de Mesa Menacho su hijo.

CON

El Administrador del Hospital de la Sagre, como Patrono de el Patronasgo de Legos, que fundò Francisco de Cabrera.

1 ARA inteligencia deste pleyto se supone en el hecho lo primero, que el dicho Administrador, como Patrono de el dicho Patronasgo, ante el Alcalde D. Leonardo Enriquez en 23. de Mayo del año passado de 639. executò a Diego Luis de Quiroja, como inquilino de unas casas de por vida, por la rẽta de nueve años y dos tercios, cumplida en fin de Abril del año de 639. en virtud de escritura, que presentò de arrendamiento de vidas, su fecha en primero de Abril de 632. Y assi mesmo de clausula del testamento del dicho Francisco de Cabrera, que fundò el dicho Patronasgo, y aceptacion de su administracion, su fecha en 19. de Abril de 633. y de un testimonio de la particiõ que se hizo entre el dicho Francisco de Cabrera, como marido de Isabel de Mesa, y Juan Martin Menacho, y Bartolome de Çea, como marido de Geronyma de san Miguel, de los bienes que quedaron por fin y muerte de Luysa de Mesa, que la dicha particion se hizo por fin del año de 625. por el qual dicho testimonio parece averse le adjudicado a la dicha Isabel de Mesa las tres casas sobre q̃ es este pleyto, cõ cargo de 28U276 mrs. de tributo perpetuo en cada un año, pagados a ciertos seño-

rios, y los veynte y tres mil duzientos y setenta y seis mrs. a la Capellania, de que es Capellan el dicho D. Fernando de Mesa, que dize el Contador es de la cantidad que montò el remaniente del quinto de los bienes de la dicha Luysa de Mesa, apreciados con el cargo de los dichos tributos, en setecientos y veynte mil y setenta y nueve mrs. A la qual execuciō se opuso Domingo Martinez fiador del dicho Diego Luis de Quiroga, y presentò ciertas cartas de pago de aver pagado la renta de las dichas casas al dicho Francisco de Cabrera, y a Bartolome de Cea padre del dicho Capellan: y seis cartas de pago de otras tantas partidas distintas, que se pagaron, y cobrò el dicho D. Fernando de Mesa, como capellan de la dicha Capellania, de lo corrido hasta fin de Abril de 39.

2 Lo segundo se supone, que estando este pleito en este estado, por 8. de Febrero del año passado de 640. el dicho D. Fernãdo de Mesa, como capellan de la dicha Capellania, executò al dicho Diego Luis de Quiroga inquilino de las dichas casas, por dos tercios de la renta dellas, cumplidos por fin de Diziembre del año de 39. en virtud de una escritura de reconocimiēto, que presentō, otorgada por el susodicho en primero de Iunio de 638. por la qual se obligò a pagarle la renta de las dichas casas, de que era inquilino, como a Capellan que era de la dicha Capellania. A q̄ se opuso Iuã de la Cruz, que sucedio en la segunda vida de las dichas casas, por dezir estava embargada la renta dellas.

3 Lo tercero se supone, que estando en este estado los dichos pleytos, el dicho Iuan de la Cruz por pagar a persona legitima, y escusarse de la molestia que le hazian los dichos dos acredores, que pretendian cobrar cada uno enteramente la rēta de las dichas casas, pidio acomulacion de los dichos pleytos, y se mandaron acomular.

4 Lo quarto se supone, que estando acomulados los dichos pleytos, el dicho D. Fernando de Mesa y Quintanilla, como tal Capelã de la dicha Capellania, pidio que el dicho Iuan de la Cruz, a quien avia executado, como inquilino en la segunda vida de las casas que se arrendaron a el dicho Diego Luis de Quiroga, le pagasse la renta dellas: y asimismo Alonso Rodriguez *Duran*, y *Diego* de la Peña, inquilinos de las otras dos casas de la dicha Capellania, cuya renta avia embargado el Administrador del Hospital de la Sagre, por ser como eran dote de la dicha su Capellania, en que el dicho Hospital de la Sangre no tenia derecho alguno; para lo qual presentò el testamento que otorgò Fernando Martin Menacho, padre del dicho Ba

chiller

chiller Fernando de Mesa Menacho, debaxo de cuya disposiciõ murio en 21. de Noviembre del año passado de 1611. por el qual declara, que las dichas tres pares de casas sobre que se litiga, y otras tres, pertenecian al dicho Bachiller Fernando de *M*esa *M*enacho su hijo, por averse comprado con el dinero que le avia remitido de Indias. Y un codicilo, en donde dize, que administre los dichos bienes que pertenecen al dicho su hijo, la dicha Luysa de *M*esa su muger. Y en un testamento otorgado por el dicho Bachiller Fernando de Mesa en 3. de Mayo de 616. debaxo de cuya disposicion murio, en q̃ declara aver remitido a los dichos sus padres ocho mil pesos de a 8. Reales de plata: y de los seis mil dellos manda que se funde una Capellania por la dicha Luysa de Mesa su madre: y los dos mil pesos restantes, se diessen los mil dellos a Isabel de Mesa muger del dicho Francisco de Cabrera: y los otros mil a Geronyma de S. Miguel, muger de el dicho Bartolome de Quintanilla. Y assimesmo se presenta clausula del testamento q̃ otorgò la dicha Luysa de Mesa su madre en 18. de Abril del año passado de 624. por la qual parece funda la dicha Capellania, y la dota de las dichas tres pares de casas, y nombra por Patronos de la dicha Capellania al dicho Frãcisco de Cabrera su yerno, e a Isabel de Mesa su hija: y nombrò por Capellan a el dicho Fernando de Mesa su nieto. Y testimonio de una escritura que otorgò la dicha Luysa de Mesa, por la qual por contrato entre vivos, aprovò la dicha Capellania, y su dotacion, y quiso se sirviesse y cantasse desde 1. de Mayo de 624. en adelante, lo qual se executò assi en vida de la susodicha. Y assimismo presentò un pedimiento, que el dicho Bartolome de Cea, como padre, y legitimo administrador del dicho D. Fernando de Mesa hizo por 20. dias del mes de Diziembre del año passado de 625. ante el Provisor deste Arçobispado, en que pidio se adjudicasse al dicho su hijo, como a capellan nombrado en la dicha capellania, y diesse mandamiento para tomar la possession de los bienes della, en cuya virtud la tomò: y despues pidio mandamiento de amparo, y se le mandò dar, y fue amparado en la dicha possession, por el dicho tiempo. Y assimesmo presentò tres reconocimientos otorgados por los tres inquilinos de las dichas casas en favor de dicha capellania, y del dicho D. Fernãdo de Mesa como su capellã, por 14. de Enero de 626. y la colacion q̃ de dicha Capellania se hizo, y possession q̃ tomò despues que el dicho Capellan tuvo edad competente, por 2. del mes de Iulio del año passado de 638. Con los quales recaudos, y los que presentò en el dicho pleyto executivo, y cartas de pago q̃ presentô

Do-

Domingo Martinez, de q̃ ſe à hecho mencion, pretẽde el dicho D. Fernando de Meſa aver probado, q̃ las dichas tres pares de caſas pertenecen a la dicha capellania, y la poſſeſsion de ellas, y que aſsi ſe le avia de mandar pagar ſu rẽta, y alçar los embargos en ella fechos.

5 Lo quinto ſe ſupone, que aunque el dicho Adminiſtrador ſe eſcuſò de reſponder derechamente, porque dixo avia pleyto pendiẽte ſobre lo meſmo ante el Ecleſiaſtico, por autos de viſta ſe mandò que el Alcalde procedieſſe contra los dichos inquilinos, y les obligaſſe a pagar la renta de las dichas caſas, a quien le tocaſſe.

6 Lo ſexto ſe ſupone, que deſpues de el dicho auto, el dicho Adminiſtrador pretendio que la renta de las dichas caſas ſe le avia de pagar al ſuſodicho, como Patrono del dicho Patronaſgo, porq̃ las dichas caſas le tocavan a la dicha Iſabel de Meſa muger de el dicho Franciſco de Cabrera, por averſele adjudicado en pago de ſu legitima, cõ cargo de otros tributos, y de pagar a la dicha Capellania los dichos 23ʒ276. mrs. a que ſe reduxo, por no caber, como no cabia en el quinto de los bienes que dexò la dicha Luyſa de Meſa, la qual no pudo perjudicar en mas cantidad a ſus hijos, ſegun conſtava del teſtimonio de particion que ſe á referido, las quales aviendolas dado en arrendamiento de por vidas, y poſſeido, por ſu teſtamẽto las adjudicaron al dicho Patronaſgo, lo qual avia conſentido, y tenido por bien Bartolome de Cea, padre del dicho Capellan; el qual de licencia y orden del dicho Adminiſtrador, avia adminiſtrado las dichas caſas, y cobrado ſu renta, para hazer pago a la Capellania del dicho ſu hijo, de los mrs. que le tocavan, y acudir con el reſto a el dicho Adminiſtrador, y que en eſte pleyto no ſe avia de tratar de la propriedad de las dichas caſas, ſino de la poſſeſsion en que eſtava el dicho Patronaſgo, y no el dicho Capellan. Y preſentò clauſula de teſtamento de la dicha Iſabel de Meſa, y del dicho Franciſco de Cabrera, en que fundaron el dicho Patronaſgo por Março del año paſſado de 630. en que le adjudicaron las dichas tres pares de caſas. Y aſsimiſmo un teſtimonio de un pleyto que ſe ſigue ante el Ecleſiaſtico entre el dicho Capellan y el dicho Adminiſtrador, en que parece que el dicho capellan pidio, que el dicho Adminiſtrador como perſona que entrò y ſucedio en los bienes del dicho Franciſco de Cabrera Patrono que fue de la dicha capellania, dieſſe relacion jurada de la renta que avia cobrado de las dichas caſas, dote de la dicha capellania, y moſtraſſe averla pagado al dicho capellan deſde el año de 625. donde no, fueſſe cõdenado a ello; y aver pueſto la meſ

ma

ma demanda à Bartolome de Cea su padre, del tiempo que administrò las casas de la dicha capellania, como persona q̃ sucedio en el Patronasgo della a el dicho Francisco de Cabrera. El qual respõdio aver pagado la renta de la dicha capellania, de el tiempo que administrò las dichas casas, y el dicho Administrador declinò jurisdicion diziendo, que el dicho juez Ec'esiastico no podia conocer desta causa, por ser esempto de su juridicion. Sin embargo de lo qual el dicho juez le mandò apremiar con censuras, a que diesse la dicha relacion jurada dentro de cierto termino, y sin cõtestar el dicho pedimiento, apelò ante el Nuncio de su Santidad, donde está pendiẽte. Y por el dicho testimonio parece, que el dicho Bartolome de Cea presentò un ajustamiento que dize aver hecho cõ el dicho Administrador de todo lo que avia cobrado de la renta de las dichas casas, en que parecio quedar deviẽdo hasta fin del año de 1637. novecientos y treze Reales: con el qual dicho testimonio se trata de probar dos cosas, lo uno el dicho pleyto pendiẽte: y lo otro, que el dicho Bartolome de Cea administrava las dichas casas, y cobrava su renta de cõsentimiento del dicho Administrador. Y assimesmo presentò testimonio de un pedimiento que hizo el dicho D. Fernãdo contra el dicho Administrador, ante el juez Eclesiastico, pretendiendo no le inquietasse la possession que tenia de cobrar de las dichas casas, dote de la dicha su capellania, como lo pretendia, tratando de cobrar de sus inquilinos: del qual dicho pedimiento parece averse desistido el dicho D. Fernando.

7 Lo septimo se supone, que por parte del dicho D. Fernando de Mesa se replicò, que sin embargo de lo dicho, se le avia de mandar pagar la renta de las dichas casas, por tocar en propriedad y possession a la dicha su capellania, las quales no fueron del dicho Francisco de Cabrera, ni de la dicha su muger, ni las posseyeron como tales, ni de Luysa de Mesa su madre, conforme a lo qual no se pudieron reputar por herẽcia suya, ni partir entre sus herederos, por averse comprado con el dinero del dicho Bachiller Fernando de Mesa Menacho, y para el susodicho, y averse dotado con ellas la dicha capellania, mucho antes que muriera la dicha Luysa de Mesa su madre, por escritura de contrato, q̃ otorgò en su favor. Contra lo qual no obstava la litispendencia que se alegava del pleyto Eclesiastico, porque en el no se tratô de la propriedad, ni de la possession de la dicha capellania, sino que el dicho capellan pidio cuenta al dicho Administrador, como sucessor en la hazienda del dicho Francisco de

Cabrera, y a Bartolome de Cea su padre, Patronos de la dicha Capellania, de la renta que de ella avian cobrado como tales. Y menos le obstava el ajustamiento de quentas que se referia aver hecho cõ el dicho Administrador el dicho Bartolome de Cea, porq̃ esto no era cierto, ni podia perjudicar al dicho capellã: y presentò para prueva de la dicha su alegacion, un testimonio de una escritura otorgada por el dicho Fernando Martin Menacho, en favor del dicho Bachiller Fernando de Mesa Menacho su hijo presbytero, por la qual declara aver comprado el susodicho, y de sus dineros proprios las dichas tres pares de casas, por precio de 2400. ducados, y un traslado de una escritura, que otorgò en la villa imperial del Potosi, Iuã de Mota, de camino para los Reynos de España, de recibo de seys barras de plata ensayadas, q̃ le entregò el dicho Bachiller Fernando de Mesa, para dar, y entregar en esta ciudad al dicho Fernando Martin Menacho su padre. Y presentò dos testimonios, el uno de una escritura de carta de pago, que otorgaron el dicho Bartolome de Cea, y la dicha Geronyma de S. Miguel su muger, en q̃ confessaron aver recebido de la dicha Luysa de Mesa, los un mil pesos, que por su testamento le avia mandado el dicho Bachiller Fernando de Mesa Menacho su hermano: y el otro testimonio de una demanda que le pusieron los dichos Bartolome de Cea y su muger, al dicho Francisco de Cabrera, para que les pagasse los otros un mil pesos, que avia recebido, y le mandò a Isabel de Mesa su muger, el dicho Bachiller Fernando de Mesa su hermano, por aver muerto sin hijos la dicha Isabel de Mesa, y aver sucedido en ellos la dicha Geronyma de san Miguel, por aver sido el lagado con esta calidad, conque pretende probar, que la dicha Luysa de Mesa madre del dicho Bachiller Fernando de Mesa, y las dichas Isabel de Mesa, y Geronyma de san Miguel sus hijas, todas avian consentido, aprovado, y executado la disposicion del testamento del dicho Bachiller Fernando de Mesa.

8 Lo otavo se supone, que cõ estas, y otras alegaciones se recibio la causa a prueva, y el dicho Don Fernando de Mesa averiguò con quinze testigos, como el dicho Bachiller Fernãdo de Mesa avia embiado a su padre el dinero, y barras que se à referido, de lo qual se compraron las dichas casas, y otras possessiones, y como se avia fundado la dicha capellania, adjudicadosele, y colado, y tomado possession de ella, y de las dichas casas, y que como Patrono de la dicha capellania, las avia administrado el dicho Francisco de Cabrera

brera, y despues de su muerte, el dicho Bartolome de Cea, como persona que sucedio en el dicho Patronasgo, y como padre, y legitimo administrador del dicho capellan, y como el dicho D. Fernãdo de Mesa, como tal capellan, estava en possessión de cobrar la renta de las dichas casas, de que tambien consta por los recaudos presentados, de que se á hecho mencion.

9 Lo nonò se supone, que por parte del dicho Administrador se pretendio provar, que el dicho Bartolome de Cea padre del dicho capellan, que sucedio en el Patronasgo de la dicha capellania al dicho Francisco de Cabrera; cobrava la renta de las dichas casas por permission del dicho Administrador, para pagar la renta que tocava a la dicha capellania, y lo demas al dicho Administrador, con quien se ajustavan de cuentas, sobre lo qual dizen algunos testigos variamente, y de oydas.

10 Lo ultimo se supone, que concluso el pleyto, el Alcalde lo determinò difinitivamente, mandando, que el dicho capellan cobrasse veynte y tres mil duzientos y setẽta y tres mrs. en cada un año de la renta de las dichas casas: y el resto de la renta dellas a el dicho Administrador, como Patrono de el dicho patronasgo. Y en quanto a quien pertenece la propiedad de las dichas casas, retuvo su derecho a salvo a las dichas partes, para que pidieran su justicia. De la qual dicha sentencia se apelò por parte del dicho capellan, agraviandose de no le aver mandado pagar toda la renta de las dichas casas, por ser propria de la dicha capellania, que estava en la possession dellas, como parecia de los autos: y el dicho Administrador pretendio le confirmasse, porque en este pleyto no se avia de tratar de la propiedad de las dichas casas, sino de la possession. Con lo qual estando concluso, se confirmò la dicha sentencia en vista: de la qual se à suplicado, y por las mesmas razones que el dicho capellan tiene alegadas, pretende se enmiende, y que se le mande pagar toda la renta de las dichas casas. Y la parte del dicho Administrador, que se confirme, insistiendo en la possession que dize tiene, y que de ninguna manera se á de tratar de la propiedad para la determinacion de este pleyto, sino solo de la dicha possession, y está concluso para determinar el revista.

DOMINVS ILLVMINATIO MEA.

11 SVpuesto el hecho que se à referido, parece justa la pretension del dicho D. Fernando de Mesa y Quintanilla, de cobrar toda

la

la rẽta de las dichas tres pares de casas, por ser dote de la dicha su capellania, a quiẽ pertenecẽ, en q̃ no uvierõ derecho alguno, ni possession el dicho Francisco de Cabrera, e Isabel de Mesa su muger, ni le tiene el Patronasgo que fundaron, de que es preciso se trate en este pleyto, en el qual concurren dos, que pretenden ser dueños de las dichas casas, pretendiendo el dicho capellan cobrar toda su renta: y el Administrador, que tan solamẽte à de cobrar los dichos 23U273 mrs. y que lo demas le toca a el dicho Patronasgo por estar en la possession de las dichas casas, y de percebir, y cobrar su rẽta, y no aver estado, ni estar en ella el dicho capellan. Y para proceder con mas claridad, se reduzirà todo este discurso a tres articulos: En el primero se probarà lo que toca a la propiedad, y como deve y puede en este pleyto tratarse della. En el segundo, todo lo tocãte a la possessiõ. Y en el tercero y ultimo, que no perjudican al dicho capellan los pedimiẽtos que hizo ante el Eclesiastico, para obtener en este pleito.

ARTICVLO PRIMERO.

12 COsa cierta es, que a la dicha capellania toca la propiedad destas casas, porque como se à dicho en el hecho deste pleyto, se compraron con dinero del dicho Bachiller Fernando de Mesa, que la mandò fundar, no solo en la cantidad que se fundò, sino de seys mil pesos de plata, por aver executado su voluntad la dicha Luysa de Mesa su madre, y averla fundado por su testamento, y despues por un contrato entre vivos, aunque no se uviera passado adelante, y entregadole su possession, quia solo titulo transitur dominium in Ecclesiam. l. fin. C. de sacros Eccles. ubi communiter DD. Anton. Gom. in l. 45. Taur. num 91. quanto mas aviendose eregido, adjudicado, y colado al capellan, y tomado possession de las dichas casas, por lo qual regularmente se adquiere el dominio de los bienes inmuebles. l. traditionibus. C. de pactis inter empt. l. traditionib. ff. de adquir. rer. dom. §. per traditionem inst. de rer. divit. cum vulgatis Anton. Gom. in d. l. 45. Taur. num. 4. el qual por ser de bienes Eclesiasticos residet penes Christum Dominum, & non penes capellanum, Alex. in. l. 1. §. municipes. ff. de adquir. poss. num. 8. Peregrin. de fideicom. art. 48. num. fin. Marcus Ant. Genuen. in pract. Eccles. q. 135. num. 5. Solorsano de iur. Ind. lib. 3. cap. 11. n. 11.

13 Contra lo qual no obstarà dezir, que la dicha Luysa de Mesa no pudo hazer la dicha capellania en la dicha cantidad del valor de las dichas

dichas tres casas, por ser en perjuyzio de la legitima de sus hijos, por cuya causa justamente el cōtador que hizo la particion, la reduxo a los 23ꝟ276, mrs. que restaron del quinto de sus bienes: ni menos el dicho Bachiller Fernando de Mesa su hijo, en perjuyzio de la ligitima de la dicha su madre, por cuya herencia sus herederos las pudieron ocupar, y dividir entre si.

14 Porque se responde a este argumento, que el padre no está prohibido de donar sus bienes en perjuyzio de la legitima del hijo, ni el hijo los suyos en perjuyzio de la del padre, antes en virtud de las donaciones que hazen, passa el dominio y possessión, tomandola el donatario, aunque estan sujetas a resindirse, o reduzir a la cantidad de que pudieron disponer, quādo el interessado lo pide, y dize de inoficiosas, gl. in. l. 1. C. de inoffic. don. ibi. *ideoque licet infirmetur voluntas per hanc querelam remanet tamen dominij translatio per traditionē facta*. Barbosa in Colect. d. l. 1. num. fin.

15 Y aunque lo estuviera, y no uviera adquirido el dominio destos bienes, la Iglesia adquirio su possessiō, por la aver tomado y adquirirse al donatario que la toma, etiam ex contractu nullo, l. 1. §. si vir uxori. ff. de adquir. possess. l. quod uxor, eod. tit. l. 1. §. deijcitur. ff. de vi & vi armata. l. si donante. ff. de donationib. inter. Gom. in. l. 45. Taur. n. 23. Mediante lo qual, y por averlas donado en su vida por contrato entre vivos, en execucion de la voluntad de el dicho su hijo (y aunque fuera por si) y tomado dellas possession el capellan (y aunque no la uviera tomado) las dichas casas no fueron herencia de Isabel de Mesa, ni sus herederos pudieron tomar possession dellas, Oldrad. cons. 139. num. 9. Alex. cons. 83. Anton. Gom. in. l. 45. Tauri, num. 158. Surd. cons. 263. n. 5. Y si se sintieron agraviados de la fundacion de la dicha capellania, por no averse podido hazer en perjuyzio de sus legitimas, devieron impugnarla, diziendo ser donaciō inoficiosa, l. precibus. 3. l. filius tuus. 4. C. de inoffic. donat. Donell. in comm. cap. 11. lib. 19. Barb. in Collect. ad has. ll. conviniendo al capellan posseedor destos bienes en el fuero Eclesiastico, Menoch. de addipiscenda poss. rem. 4. num. 475. Matta cas. 159. per totum, de iurisdict. 4. p. cēt. 2. Grat. cap. 238. num. 94. Barb. l. hæres absens, §. proinde. ff. de iudicijs. num. 31. Bobadill. lib. 2. cap. 18. num. 165. Montalegre in praxi cap. 9. num. 44.

15 Y no pudieron los dichos herederos ocupar las dichas casas de su autoridad, ni el dicho contador deshazer la dicha capellania sin mandado de juez competente, y por el mismo caso perdierō el de-

 recho

recho que a las dichas casas pretendian tener. l. creditores. 7. ff. ad legem Iuliam de vi privata, Bursato cons. 9. num. 20. Mercurialis Merlin de legit. lib. 5. tit. 4. q. 8. num. 2. ni privar a la Iglesia de el dominio y possession que en ella se le avia adquirido. l. 2. C. de inoffic. testam. ibi. *Quamvis de inofficioso testamento occurrente bonorum possessione accepisse proponas, tamen scriptis hæredibus auferre possessionem in civile est.* Barbos. in Collect. ibi. *Bonorum possessio causa litis agnoscendæ non tribuit ius, & huius virtute scriptis hæredibus auferri non potest possessio.* Lo qual tanto mas procede en nuestro caso, que en el de la dicha ley, por ser mejor titulo el de donatario, que el de heredero.

18 Y porque si impugnaran la dicha donació, fueran excluydos, como oy lo deven ser, porque aviendose fundado esta capellania por la dicha Luysa de Mesa, de bienes del dicho Bachiller Fernando de Mesa su hijo, como consta de los autos deste pleyto, pues para este efeto remitio a sus padres ocho mil pesos de plata; y no de sus propios bienes, no aviendole impugnado la susodicha, diziendo que el dicho su hijo no la avia podido mãdar fundar en perjuyzio de su legitima, sino executado su voluntad, quedò firme, l. parentibus. 8. §. de inoffic. testam. l. 6. tit. 8. p. 6. ubi Gregor. glos. verb. querellarse. Agnovisse enim videtur, qui quale iudicium defunti comprobabit, ut inquit Paulus in. l. fin. ff. de inoffic. testam. D. Castillo ex multis lib. 5. cap. 107. lo qual es la mejor aprobacion, quia facta magis voluntatem declarant quam verba. l. si tamen. §. is qui servum. ff. de edilit edit. Lancelot. de atent. 2. p. limit. 2. num. 91. Lo qual pudo hazer la dicha Luysa de Mesa en perjuyzio de los demas sus hijos, Gutier. in cap. quamvis pactum de pactis, verb. quamvis num. 15. Anton. Gom. in. l. 22, Taur. n. 3. Azeved. in. l. 3. tit 8. lib 5. Recop. Menoch. cons. 944. num. 42. sin q̃ lo pudiessen impugnar, D. Castillo lib. 5. cap. 64. & c. 107. Y lo que mas es, de sus acreedores, Grat. cap. 55. num. 1. Cancerio tom. 1. cap 3. num. 69. D, Castill. tom. 5. controv. cap. 112. num. 21. D. Iuan de Larrea, decis. 55. num. 1.

19 Y quando no lo uviera podido hazer, quedò aprobada la dicha capellania, porque los dichos Frãcisco de Cabrera, y Bartolome de Cea, y las dichas sus mugeres, cobraron cada una su legado de mil ducados, que el dicho Bachiller Fernando de Mesa les hizo en el testamento, donde fundò la dicha capellania, d. l. parentib. C. de inof. testamento, dict. l. 6. tit. 8. part. 6. ibi. *En qualquiera manera que otorgasse, o consintiesse el fijo, o el nieto en el testamento en que le oviessen desheredado, assi como si le oviessen dexado manda en el a otro alguno, que fuesse en su poder,*

e las

e las recibiesse, o si el fuesse abogado, o personero en defendiendo el testamento, o alguna de las mandas que fuessen en el escritas, o consintiesse en el testamento en alguna otra manera semejante de estas, no podria despues querellarse para quebrantar el testamento, nin deue ser oydo.

20 Y porque siendo como es cosa cierta, sobre que no se à puesto, ni puede poner duda, que el dicho Bachiller Fernando de Mesa tenia en poder de los dichos sus padres ocho mil pesos de plata doble, que les remitio de las Indias en ocho barras de plata, como lo declaran en sus testamentos, y se prueva con la obligacion del maestre de plata que las truxo, y prueva de testigos, y declaracion que hizo por escritura publica el dicho Fernando Martin Menacho, de q̃ avia comprado las dichas casas con dinero del dicho su hijo, luego que las comprò, quando no tuviera de caudal mas que los dichos ocho mil pesos, pudo disponer de mas de dos mil y seyscientos pesos, que importava el tercio de sus bienes, y valiendo estas casas dos mil y quatrocientos ducados de vellon, que es lo que costaron, ya se vè que la fundacion de la dicha capellania no excede de los bienes, de que pudo disponer: y quando excediera en algo, aviendola fundado la dicha Luysa de Mesa, tambien se avia de sacar del quinto de sus bienes, de que pudo disponer en perjuyzio de sus hijos, el qual solo montò, conforme al testimonio de particion por la parte contraria presentado, 23ꝟ276. mrs. de renta, que su principal monta 465ꝟ520. Por manera que la dicha capellania sin llegar a las legitimas de la dicha Luysa de Mesa, que le tocò por muerte de su hijo, ni a las que tocaron a las dichas Geronyma, e Isabel de Mesa por muerte de la dicha su madre, se pudo fundar de valor de mas de los dichos dos mil y seyscietos pesos de plata, y de los dichos 465ꝟ520. de vellon: conque por ningun camino parece que se puede impugnar, ni recindir, ni reduzir a menos valor del que la hicha Luysa de Mesa la fundò, que es mucho menos de el que pudo. Cō lo qual parece queda bastantemente probado, q̃ la propiedad de estas dichas casas pertenece a la dicha capellania, y no al dicho Patronasgo.

21 Y que pueda del derecho de propiedad tratarse en este pleyto, y reconocerse, para que la renta de las dichas casas se le mande pagar al verdadero dueño, y no al que no lo es, aunque dellas tuviera possession, que es la segunda parte deste articulo, es cosa cierta, aūque estuviessemos en un juyzio possessorio, por aver liquidado, y averiguado con evidencia el derecho de la propiedad que la dicha capellania tiene de las dichas casas, como se à visto, Aimon cons. 248.

num.

num.3. y 4. Gratian. discept. forens. cap.238.num.33.ibi. *immo neque esset pronunciandum super possessorio quando sunt liquidata iura petitorij.*

21 Y porque quando notoriæ aparet de dominio spoliantis impeditur restitutio in spolio ad evitandos innanes circuitus in dando & statim restituendo, ut considerat Parisius cons.53.num.115.Gabriel de restit. spoliator. conclus. 1.n.52.y 84. Farinac.decis.116.post h.n. 3. & quia restitutio, & aliud interdictum possessorium non datur in iusto possessori adversus dominum, ex multis Rodrig. de redditib. lib.1.q.17.num.23. Cancer. variar. lib. 1. cap. 18. num. 32. quando notoriamente consta de los autos, como en nuestro caso: y en particular estãdo el dicho capellan y capellania en la possesion de percebir, y cobrar la renta de estas dichas casas, sin vicio, ni violencia alguna, como adelante se dira, ut notat Cancer. ubi supra n. 34.

22 Y por ser, como es tercero, que sale a impedir la restitucion que la otra parte pretende contra los inquilinos de las dichas casas, porque dize, que le niegan pagar su renta, estando en possesion de cobrarla, ex eo quod si tertius compareat contra spoliatum agentem ut ante omnia restituatur, & obijciat rem esse suam restitutionem fieri spoliato impedit, restitutoriæque sententiæ executionem, ex Bart. Abbat. Mising. Alex. Menoch. Rubeo, Ripa, Guid, Papa, Iacob. Nobell. Ceballos q.116, de les fuerças, n. 16. Cancerio cap. 16. lib. 2. num. 89. el qual aviendo propuesto la question, y citado muchos Autores, la resuelve, ibi. *qui omnes concludunt pendente iudicio possessorio inter spoliatum & spoliantem posse tertium comparere, & agere petitorio ad rem consequendam quia tunc cessat causa privilegij spolij adversus dictum tertium.*

23 Para lo qual es preciso que se trate y reconosca qual es señor, el despojado que pretende ser restituydo, y que se le pague la renta de las dichas casas: o el tercero, que contradize la dicha restitucion, y pide que se le pague a el; decis. Rotæ Roman.20.in tit. de rest. spol. in novis Menoch.cõs.488. el qual resuelve, q̃ deve el tercero ser oydo, y conocerse de su dominio que opone, y determinarse, ora se oponga en joyzio de propiedad, o de possesion, num.18. ibi. 5. *confert a fortiori quod maior est ratio ut tertius proponens ius dominij impediat, et differre faciat iudicium possessorium, quam petitorium inter duos collitigantes spoliatum scilicet, & spoliatorem motum nan ut supra admonui petitorium nititur iure communi, iureque firmiori ex quo ubi constat de ipso dominio cessat omnis contentio de possessione & nil est quod obijci possit ipsi tertio opponenti, & deducenti ius suum dominij.* Faquineo controv, lib, 1. cap. 5, ibi. *exis-*

timo

timo enim tertium comparentem, ac se opponentem audiendum quidem, & admittendũ esse, & si meliorẽ causam habuerit rem illi adiudicandam fore: pro quo est Triphonin.tex.expres.in l,bon.fides 31.ff.depositi,ib. *incurrit hic & alia inspectio bonã fidẽ inter eos tantũ inter quos cõtractum est nihilo extrinsecus assumpto æstimare debeamus an respectu etiam aliarum personarum ad quas id quod geritur pertinet, exempli loco latro spolia quæ mihi abstulit deposuit apud Seium insium de malitia deponentis, utrum latroni an mihi restituere Seius debeat. Si per se dantem, accipientemque intuemur hæc est bona fides, ut cõmissam rem recipiat is qui dedit. Si totius rei æquitatem, quæ ex omnibus personis, quæ negotio isto cõtinguntur impletur mihi reddenda sunt, quæ facto scelestissimo adempta sunt & hanc probo esse iustitiam quæ suum cuique ita tribuit ut non distrahatur ab ullius personæ iustiore petitione.* Cuius ratio decidendi ea est, ut notat Antonio Fabro, ibi. *Ea enim iustitia estque suũ cuique ita tribuit ut non distrahatur ab ullius personæ iusiore repetitione, idest, ut nemo alius sit, qui eam repetere ius suis possit.* La qual puede ser de nuestro caso, pues ninguna cosa mas justa, y llana de equidad se puede considerar, que la que esta parte pretende, por la qual si sale la sentencia, se acaba este pleyto, por ser como es, dueño su capellania de estas casas: y si contra el, determinandole no por la propiedad, sino por la possessión que la otra parte pretende tener, se origina, y ocasiona un nuevo pleyto Eclesiastico de grandissima vexacion y costa, que o no le seguira el capellan con persona tan poderosa y litigiosa, que usa de tantas dilatorias, huyendo la verdad y punto principal: o quedará destruydo, si le sigue, a que no se deve dar lugar. Assi lo discurrio Menoch. cons. 488. num. 20. ibi. *est etiam equitati consentaneum nequis frustra litibus, & impensis fatigetur cap. finem litibus, &c. conuenit etiam equitati ne (ut dixi supra) iuditia reddãtur elussoria porro in casu nostro nisi prius diffiniatur causa dominij tertij in iuditio interuenientis non erit quam primum finis litium, sed contentio adhuc (ut est manifestum) perdurauit si vero feratur sententia pro domino Marchione super dominio cessauit omnis lis super possessione illorum collitigantium ita pariter cessabunt impensæ omnes nõ etiam reddetur elussorium aliquod iuditium sicuti redderetur si prius feratur sententia super possessorio quia lata deinde sententia pro domino Marchione super petitorio euanesset ius omne possessionis alterius collitigantium, qui in eo sententiam retulit.* Y es conforme a la l. fin. tit. 17. lib.4. recopil. Por lo qual por escusar los pleytos, y daño de las partes, se mandan determinar cõforme a la verdad que dellos resultare probada, y no conforme a las sutilezas, y apices de derecho.

24 Y para que este articulo quede probado, y difinido, es buen lu-

gar en caso mas apretado que el nuestro, el q̃ refiere el doctissimo Antonio Fabro lib. 3. tit. 22. difinit. 8. cuyas palabras son: *Petebam à te ex conuentione dimidiam partem fructuum fundi Titiani quem tu a me conductum habebas, & colueras, cum tu soluere recusares, eoque nomine lis inter nos penderet liti interuenit Sẽpronius contendens suum esse fundum ex eaq; causa petit inhiberi fructum exportationem quousque de iure suo cognitum fuisset dicebam agere me ex contractu, & in personam ideoque Titium pretextu dominij intercedere non posse, quandoquidem nihil commune habeat quæstio dominij cum personali obligatione tu cõtra non posse te fructus mihi tuto soluere quos alius suos diceret, neque rursus cogendum æstimationem præstare quã non promisseras si fructus ipsos præstare non posses præsertim cum non æstimatio, sed fructus ipsi in obligatione essent et consequẽter in petitione pronunciatũ est de illo prius cognoscendũ, & inquirendum esse, an ad me, an ad Sempronĩu fundus ille Titianus pertineret ut sciri posset utri tu eos præstare deberes neq; enim dubitare poterat quia ad eum expectarent cuius esset fundus cum non seminis, sed soli & dominij iure acquirantur, itaque si ad Semproniũ fundus pertineret consequens fieret, ut fructuum ex eo perceptorum portio mihi sine causa promissa videretur cumque promissionis tuæ alia causa non fuerit quam quod fundum meum esse dicerem non est alienum, ut tamen si agam ex obligatione disputetur tamen de dominio non inter nos quidem, sed inter me & Sempronium propter Sempronĩ interuentionem nam etsi de possessione recuperanda tecum agerem & allius interuenire vellet, dominijque quæstionem proponeret ad, mitendus esset.*

ARTICVLO SEGVNDO.

25 QVE esta capellania y su capellan, imo quod Eclesia, & Christus Dominus, tẽgan la possession de estas casas, dote della, y que la otra parte no la tenga, y todo lo que toca al juyzio possessorio, es lo que se á de probar en este articulo, la qual conclusion es manifiesta, si se atiende a que despues que la fundò la dicha Luysa de Mesa, se erigieron en bienes espirituales, y adjudicaron a el capellan, y despues se la colaron; de las quales por este titulo se dio, y tomò possession y amparo quieta y pacificamente, sin contradiciõ alguna, como cõsta del hecho q̃ se à referido, que probatur per actualem aprehensionem, Faranat. decis. 539 posth. tom. 2. Y por los reconocimientos que los inquilinos de las dichas casas le an fecho. l. qui uniuersas. § quod per colonum. ff. de adquir. poss. & glos. ibi, & communiter DD. Ant. Gom. in l. 45. Taur. num. 67. Menoch. de retinend. possess. rem. 3. n. 561. Bellam. decis. 104. Afflict. decis. 321.

Farin.

Farinac. decis. 471. num. 3. posth. 2. tom. Y por aver cobrado, y estar cobrando el capellan la renta de las dichas casas de sus inquilinos, que an presentado diferentes cartas de pago, Farin. decis. 310. posth. tom. 2. num. 3. ibi. *De exactione autem pensionis constat ex instrumenta, qui tantis per pensionarium factae quod instrumentum bene probat huiusmodi quasi possessionem ad effectum manutentionis Menoch. de retin. rem. 3. num. 57. & fuit sepissime decisum*, Caputaqueri de. 343. p. 2. Cens. de censib. decis. 241. num. 1. & dec. 210. num. 2. Ricio colect. 1507. ex multis Postio, observ. 35. num. 1. & 2. De todo lo qual ay instrumentos en este pleyto, como son los autos de la ereccion, adjudicacion, y colacion, y possession, y amparo, que se dio, y tomò el capellan: y quatro reconocimientos de los inquilinos, y seis cartas de pgo: todo lo qual tambien lo à probado con testigos. Por manera, que ex omni genere probationis habet suam intentionem, & possessionem probatam.

26 La qual possession continuata presumitur, usque in presentem diem, aunque no se probara por los dichos reconocimientos y paga ad efectum obtinendi manutentionem. l. sive possidetis, & ibi glos. & DD. C. de probat. Abbas in c. cum ad sedem num. 15. de rest. spoliat. Farin. decis. 129. posth. num. 4. Surd. cons. 73. num. 47 aunque estuvieramos en terminos della.

27 Contra lo qual no obstaria dezir, que la presumpcion de que el dicho capellan està en la possession de las dichas casas, y de cobrar su renta, cessa, por aver probado la otra parte, que el dicho Bartolome de Cea, de orden, y consentimiẽto del dicho administrador, cobrava la renta de las dichas casas, para hazer pago a la dicha capellania de la parte que le tocava, y acudir cõ lo demas al susodicho, quia possidere non presumitur, qui olim possedit quando cõstat medio tempore alium possidisse, Afflictis decis. 394. num. 1. Menoch. de retinend. posses. remed. 3. n. 557. Surd. cons. 173. n. 106. en virtud de la adjudicacion que se hizo de las dichas casas a la dicha Isabel de Mesa muger del dicho Francisco de Cabrera, en la dicha particion, de que resulta, que quien ultimamente se halla en la possession de las dichas casas es el dicho administrador, que deve ser manutenido en ella.

28 Porque se responde, que este no es pleyto sumarissimo de manutencion, Menoch. de retinend. posses. remed. 2. num. 10. Postio, ex multis observ. 3. a num. 26. sino de concurso de dos litigantes, q̃ pretenden ser dueños de las dichas casas, y estar en su possession; y

que

que deven los inquilinos ser apremiados a pagarle su renta, negando el uno el dominio y possession del otro: de todo lo qual se à disputado, recibiendole a prueva ordinariamente, y devido disputar, ut docet Anton. Faber, d.lib.3.C. tit.22.diff.8. y se prueva de los demas lugares que traximos art. 1. num. 23. y conforme a el auto de revist 1, en que se mandò que el Alcalde procediesse en este negocio a hazer pago de la renta destas casas, escusandose la otra parte de responder a el pedimiento de esta. Con lo qual todos los argumentos y fundamentos que trasladando a Postio, se traen en orden a la dicha manutencion, no son del intento.

29 Pero quando estuviessemos en el juyzio sumarissimo de manutencion, es cierto que esta parte devia obtener, y ser manutenida en la possession de las dichas casas, por serlo, como se à dicho sup. art. 1 num. 12. que luego que se donaron las dichas casas a esta capellania, y erigieron en bienes espirituales, y se tomò possession dellas, se adquirieron en propiedad y possession a la Iglesia, adonde sin ninguna intermission se conserva, aũque ayan faltado los Patronos de la dicha capellania, y faltassen los capellanes, sin hallarse vacante un solo momento, Ponte de spol lib.3. c.9.n.149. Rodean. de spol. Ecclesi. q.7.n. 35. Tusc. verb. possessio, concl.406 n.66.&422.n.4. Rot. divers. dec.19.n.8. p 2. Seraph. dec.1497. Postio de manut. obser.73. n.112. ibi. *ratio autẽ supradictorũ est quia possessio bonorũ & iurium beneficij vacantis est penes Ecclesiam tanquã personam fictam & representatã*, Surd. cons. 183. num. 38. ibi. *ideo dicimus quod bona Ecclesiæ nunquam dicuntur vacare licet Prelatus moriatur, atento quod Ecclesia semper possidet Bald. in l. fin. C. de edito D. Adrian. Tolled. Paris. cons. 24 num.8. vol. 1. & possessio bonorum Ecclesiæ transit in Prelatum successorem sine noua apprehentione Bart. & alij in l. cum hæredes. ff. de adquir. poss. Paris. d. cons. 24. num.7. cum pluribus citatis a d. Beccio cons. 77. num.3. possessio enim residet penes Ecclesiam, quæ cum semper viuat non patitur quod possessio possit vacare*. Vel Christo Domini, ut ex alijs notat D. Soloisano de iure Indiar. lib.3. cap. 11. num. 11. ibi. *quod dominium, & possessio rerum Ecclesiæ est penes Christum, non autem penes Prelatum*, Cencio de censib.2. p. c.2. q.5. art.2.n. 11. ubi de quasi possessione exigendi censum videndus ex multis, quos refert Postio observ.55. num, 90.

30 Y no teniendo el Patrono, ni Capellan el dominio, ni possession destos bienes, sino siendo un procurador, o administrador, ut notat Gracian. discept. forens. cap.238. num.5. ninguna negligencia, ni confession suya puede causar daño a la Iglesia facta extra, & absq; necess-

necessitate iudicii, & non precedente iussu iudicis. l. certum. §. sed in ipsos de confess. Surd. decis. 326. num. 4. ex Bart. Paulo, Sarmiẽto, Farinac. et alijs in terminis Barb. de potest. Episc. alleg 125. a n. 3. ni quitarle su dominio y possession, que se conserva en ella, aunq̃ el dicho capellan la uviera dexado, y entregado a otro, text. est expressus in. l. fin. C. de adquir. possess. ibi. *definimus ut sive servus, sive procurator, vel colonus, vel inquilinus, vel quispiam alius per quem licencia est nobis possidere corporaliter nactam possessionem, cuiuscunque rei dereliquerit, vel alij prodiderit, vel desidia forte, vel dolo, ut locus aperiatur alij eandem possessionem detenire nihil penitus domino periuditij generetur.*

30 Con lo qual cessa el otro argumẽto que se haze, de que el dicho capellan permitio que se deshiziera la dicha capellania, y entrar al dicho Francisco de Cabrera en la possession de las dichas casas, y q̃ su padre cobrara la renta della, de orden del dicho administrador, y que sea confessado despojado; demas de q̃ no consta de tal, y quando constara, menos podia perjudicar al dicho capellan, por ser menor, y estar debaxo de la patria potestad, que no lo podia contradezir.

31 Y conservandose esta possession en la Iglesia, sin ninguna intermission, ni vacante, quando la otra parte mañosamente se uviera introduzido en la natural, pudiẽdo esta recuperarla de su propia autoridad, Tusc. verb. possessio concl. 400. num. 43. y 45. Cancerio variar. resolut. 2. p. cap. 7. n. 44. Peregr de fideicom. art. 47. num. 26. Menoch. cons. 2. n. 151. Postio ex alijs, observ. 1. num. 63. in tract. de manut. ibi. *civilem possessionem retinendo, naturalem occupatam recuperare & occupatorem deijcere propria authoritate quia hoc dicitur removere turbationes:* mas bien devia, y deve ser manutenida, Postio ubi supra, decis. 128. num. 2. ibi. *unde stante illorum anteriori possessione, & retentione civili veniunt manutenendi prout latius hac iure comprobantur in d. decisione.* Et obsurv. 16. num. 31. videndus, & decis. 112. num. 7. & decis. 216. num. 4. ex multis, & in nostro casu D. Solorsano de iure Indiar. c. 11. lib. 3. num. 12. ibi. *quod efficit ut Eccl sia ubicunque orta fuerit quaestio super horum bonorum occupatione, & pretensione fundatam habeat, quo ad ipsa suam intentionem, & debeat in illis manuteneri etiam in summarissimo remedio, quod vocatur interim, vel ex sola assistentia iuris communis cap. cũ perfone de preuil. lib. 6. Marescot. lib. variar. cap. 11. num. 1. Gratian. discept. forensi cap. 441. num. 22. & cap. 870. num. 8 & cap. 890. num. 18.* aunque uviera faltado el primero capellan, y sucedido otro, Postio observ. 55. num. 90. ibi. *secundus casus est quoad possessionem bonorum, & iarium*

ipsius

ipsius Ecclesiæ dignitatis, vel officij, & hoc casu dicendum est manutentionem dari ex sola possessione antecessoris postquam ipse successor aprehendit possessionem Ecclesiæ dignitatis officii, quod comprobat ex multis, quanto mas siendo el primero a quien se colò esta capellania, y que tomò possession de las dichas casas, el que pretende conservarse en ella.

32 Y porque quando lo dicho no procediera con la llaneza que se à visto, esta parte no solo se hallava quando este pleyto se movio, en la possesion civil destas casas, sino en la natural, cobrando su renta, de q̃ se muestran 6. cartas de pago, hasta fin de Abril del año passado de 1639. siendo ansi, que bastava la ultima, para que se juzgasse posseedor, aunque fuera sola, Farin. decis. 310. posth. tom. 2. & decis. 624. num. 1. ex multis Grat. discept. Forens. cap. 113. Leonard Everardus de censib decis. 213. & 235. & 244. & 245. & 290. Por lo qual, y porque la otra parte no se hallava en esta possesion, pues executò por nueve años, y dos tercios de lo corrido de la renta de las dichas casas, cumplidos por fin de Abril del año passado de 639. regularmente devia la dicha capellania y capellan, ser manutenido, ex multis videndus Postio de manut. observ. 18. n. 34. ibi. *Ex unica, itaque solutione fructum census adquiritur, & probatur quasi possessio censum exigendi, atque debetur ex ea manutentio*, siẽdo como es, el ultimo que cobrò, Postio ubi proxime, ex multis num. 47. ibi. *declara tertio prædicta habere locum in unico actu, qui fuerit ultimus, & postremus, & constituat ultimum statum.*

33 Y porque la otra parte no á tenido possesion de las dichas casas en ningun tiempo, porque demas de estar ocupada por la Iglesia, como se à dicho, en virtud de la fundacion, y colaciõ de la dicha capellania, y possesion q̃ tomò el capellan, no à tenido titulo, ni causa bastante para tomarla, ni la pudo tener en la adjudicacion que se le hizo por el cõtador en la particion de los bienes de Luysa de Mesa, sin citacion del dicho capellan, por ser ninguna, como se á probado. Mediante lo qual, no deve ser manutenido, sino la Iglesia, y capellan, quando (como se á dicho) no tuvieran mas que la civil, q̃ nunca an dexado, Postio decis. 37. num. 4. ibi. *quæ quidem possessio cũ præsumatur continua videtur consequenter danda manutentio, non obstante quod vigore sententiæ cõfiscationis officialis dicti excellentissimi Ducis se intruserint; quia cum dicta sententia non justificetur ex actis & ipsi Diomedes et Petrus non habuerint se pro spoliatis, & civilem possessionem animo retinuerint sequitur quod per viam manutentionis possint agere ad recuperationem possessionis naturalis.* Et decis. 112. num. 7. & observat. 16. num. 31. ex mul

tis

tis: ni perdido, quando la otra parte se uviera introduzido en la nà-
tural, por averlo hecho con notoria nulidad, Farin.decis.158. tom.
1. post h.

34 Y porque quando se uviera introduzido en la dicha possession,
siendo en virtud de titulo tan notoriamente nulo, y careciendo ab-
solutamente de derecho, como consta de los autos deste pleyto, y
de lo que se à dicho en el articulo primero, sin que sobre esto neces
site de mas disputa, ni prueva, no podia ser manutenido, antes se
devia revocar el despojo que en tal caso uviera hecho, l.1. ff. uti pos
sidetis, l. improba. C. de adquir. posses. ex Menoch. Boccat. Paris.
Rodrig. Gratian. Honded. Seraph. Marchie. Scacia, Cancer. & ex
alijs multis Postio observ. 42.n.137. ibi. *Sed postquam constat in promp-
tu evidenter absque alia disputatione de iustitia possessionis, seu de illius violen
tia clamdestinitate, vitio, improbitate, dolositate, vel de spolio, seu possessorem
esse furem, vel predonem, seu intrusum, non est huiusmodi possessori danda ma
nutentio, sed spolium est purgandum & possessio revocanda*; porque como
dize Franc. Milanenc. dec.3. nu. 175 nec lex intendit tueri vitiosum
possessorem, y porque como notan Cancer. cap.14. num.56. y Sca
cia de sent.& re iudic. glos.14.n.98. alias si quis in possessione etiam
iniusta defenderetur daretur occasio delinquendi. Via calumnijs pa
teñeret temerarij foverentur litigatores & notoria fieret iniustitia.

35 Y porque quando el dicho Francisco de Cabrera y su muger, se
uvieran introduzido en la possession de las dichas casas en su vida,
esta despues de su muerte vacò, glos. in. l. sicut. §. fin. ff. quod cu-
iusque universitatis, Bartol. in.l. 1. §. municipes. ff. de adquir. pos-
ses. Surd. consil. 160. num.5. y no se transfirio en el dicho patronas
go, y administrador por solo el titulo de heredero, o legatario, sin
ningun acto de aprehension. l. cum hæredes, ff. de adquired. posses.
Anton. Gom. in. l. 45. Taur. n.88. & si fuisset Ecclesia, Postio obser.
55. n. 30. Ni tampoco por dezir, que el dicho Bartolome de Cea
cobrò, i administrò las dichas casas, de consentimiento del dicho
administrador: porque demas de que para que le pudiera por esto
adquirir al dicho administrador y patronasgo possession, era neces
sario especial mandato. l. communis servus. ff. de adquir. posses. §.
2. Postio observ.55. num.121. cosa que no se muestra en este pley-
to, no parece aver cobrado a su nombre, y en virtud de su poder. §.
penult. instit. per quas personas. l. 1. C. eodem. l. 1. §. per procura-
torem. ff. de adquir. posses. Postio ubi sup. num.24. por no aver da
do ninguna carta de pago a nombre del dicho administrador, y co-
mo

mo su procurador, a los inquilinos; antes de lo contrario, por aver cobrado, y dadolas a el suyo propio, lo qual se presume que hizo como patrono de la dicha capellania, por ser mejor y mas propio titulo, que no en el ageno, l. filius famil. §. divi ubi. DD. ff. de leg. 1. l. Titia ff. de solut. ex Alex. Bal. Roland. Menoch. Surd. cons. 19. num. 7. & cons. 94. num. 35. & 74. num. 7. Y porque los actos, por donde se prueva la possession de que se pretende manutencion, an de ser concluyentes y univocos, y no indiferentes, e equivocos, Gracian. discept. forens. c. 113. num. 67. Ciriac. controv. for. lib. 1. cont. 10. num. 51. Postio observ. 49. num. 516. *quemadmodum neque fundatur neque probatur possessio, vel quasi manutenibilis ex actibus possessoris generalibus, & equiuocis, seu obscuris neque ex dubia & equiuoca probatione*. Y porque el heredero no puede pedir manutencion de la possessiõ que tenia el difunto, Menoch. de retinenda, rem. 3. num. 55. Postio observ. 55. num. 23. no tiene derecho para pedirla el dicho patronasgo, y administrador, que en ninguna manera à mostrado, ni provado un tan solo acto de aprehension, siendo ansi, que la deve probar real y actual, el que pretende manutẽcion, ex multis Postio observ. 15 num. 2. sino que solo â pretendido probar que el dicho Bartolome de Cea cobrava por su permission, lo qual no basta.

36 Con lo qual, aunque estuviessemos en pleyto de manutencion sumarissimo, y no en un pleyto ordinario de concurso, como se à dicho, devia esta parte obtener, y se le devia conceder la dicha manutencion, y no a la contraria.

ARTICVLO TERCERO.

37 DOs pedimientos parece aver fecho esta parte, ante el Eclesiastico el uno, para que el dicho Bartolome de Cea su padre, como tal, y patrono desta capellania, y el dicho administrador, como patrono de la obra pia, que instituyô por su heredera Francisco de Cabrera, patrono primero que fue de la dicha capellania, le diessen cuenta con pago, de su administracion, y de la renta que avian cobrado de las dichas casas, durante su menor edad.

38 Y el otro, para que el dicho administrador no perturbasse al dicho capellan en la possession en que estava de cobrar y gozar la renta de las dichas casas, dote de su capellania, de que está desistido, y ninguno parece estar contestado, porque el dicho administrador à dicho tener fuero previlegiado, y no los dever contestar ante el juez

ordinario

ordinario Eclesiastico, aunque se le mandò lo hiziesse, de que tiene apelado, que por no tener justicia en lo principal, siempre se á valido y vale de dilacion, para que gastado el dicho capellan, no prosiga este pleyto. De los quales pedimientos, no puede formar excepcion de litispendencia para este.

39 Lo primero, porque esta excepcion es dilatoria. Bal. in cap. fin. de controvers. feud. Paz in praxi tom. 1. part. 1. 5. temp. num 81. Bursato con. 74. num. 120. Y aviendose opuesto por la otra parte, para no responder al pedimiento que hizo el capellan, y para que no se prosiguiesse este pleyto; por auto de revista se mandò que el Alcalde procediesse contra los inquilinos, y les obligasse a pagar la renta de las dichas casas a quien le tocasse: con lo qual quedò vencida, y no se puede bolver a oponer, Bursato ubi supr. num. 120. ibi. *quod cum ista exceptio litis pendentiæ sit plusquam dilatoria debuit opponi in principio, nec nunc amplius opponi post sententiam, ut optime fuit responsum.*

40 Lo segundo, porque nemo se potest iuuare exactu quem expresse impugnavit, cap. ex eo de regul. iur. in. 6. cap. cum olim, ubi Abbat. num. 6. de cens. l. Papinian. §. meminisse. ff. de inoffic. test. Surd. cons. 151. num. 93. ni de el pleyto que no quiso contestar, ex Felin. Anton. Gabriel, Henric. Lanceloto, 2. p. cap. 4. limit. 2. n. 90. ibi, *quod is qui litem impugnauit non potest illius pendentiā allegare*: Y aviẽdo dicho la otra parte, que no devia contestar, ni responder a los dichos pedimientos, y conviniendo esta con ella, en que no responda, desistiendose, ya no ay pleyto pendiente, pues no lo puede prosseguir el juez, no lo queriendo hazer las partes de cuyo consentimiento se empessò: por el qual es fuerça que no se prosiga, o se acabe, ex regula nihil tam naturale, l. 36. ff. de regul. iur.

41 Lo tercero, porque en este pleyto solo se trata de que se le pague a esta parte por los inquilinos, la rẽta de las dichas casas, por ser dote de su capellania, y que sean apremiados a ello, sin embargo de la contradicion del dicho administrador, que como se à probado, ni tiene dominio, ni possession en ellas: sobre lo qual no â avido, ni ay pleyto pendiente en otro tribunal, porque los pedimientos hechos ante el Eclesiastico, son sobre cosa diferente, como se á dicho. Cõforme a lo qual, no puede valerse de excepcion de litispendentia alguna, Bursato cons. 74. num. 117. ibi. *secundum dubium de litis pendentia preuentione facta in ciuitate, Antuerpiæ ultra alias resolutiones ipsius magnifici primo scribentis tollitur ex eo quod cum fuerit actuum illic ad exhibitionem librorum & rationum, ut rationes ipsæ calcularentur, & supputarentur,*

F   et

& calculus Mantuam transmitteretur certe illud iudicium non potuit facere ut non potuerit ipse debitor conueiri in ciuitate Mantuæ, ad solutionem debiti cum non propriè possit dici litem pēdere Antuerpiæ, quandoquidem tunc exceptio pendentiæ litis locum sibi vendicat cum exceptio rei iudicatæ in una pariat exceptionem rei iudicatæ in altera iuxta doctrinam Bart.in.l.fundū. ff. de exceptionib. ita declarat Bald.in cap. fin. de controu. feud. Soccin. consil. 109. Vol. 2. Decio consil. 460. num. 8.

42 Lo ultimo, porque quando este fuera juyzio de manutencion sumarissimo, como la otra parte le llama, por lo mesmo no obstava la dicha excepcion de litis pendētia de qualquiera juyzio de propiedad, o possession plenario, por ser propio deste remedio, & de iure ita, ut iura omnia clament, ut possessor litependente manuteneatur, ut ex pene infinitis authoritatibus, & decisionibus observat Postio de manutentione, observ. 2. num. 9.

43 Ex quibus infertur, ser dueño la dicha capellania y capellan, de estas casas, y que està en su possession: y que la otra parte no la à tenido, ni tiene, ni derecho alguno notoriamente a ellas. Conforme a lo qual deve esta obtener, y se le deve pagar su renta enteramente, y enmendarse las sentencias deste pleyto, quier estemos en un juyzio de concurso, quier de possession plenario, o sumarissimo, porque no ay excepcion de litis pendentia, ni otra, por donde se le impida quanto quiera que el dicho patronasgo sea causa pia, quia non debet unum altare detegi, vel disco operiri, ut aliud tegatur, vel cooperiatur cap. cum causam de prebend, l. fin. §. sed siquis, & ibi Bald. C. comm. de leg. d. Solorsano de iur. Indiar. lib. 3. cap. 21. num. 50. Salvo in omnibus, &c.

Doctor Bernal Carrillo.

